



Función Pública

Concepto 276021 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000276021

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000276021

Fecha: 25/06/2020 05:11:20 p.m.

Bogotá

REF. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Existe impedimento para que el familiar de un ex miembro de junta directiva de una Empresa Social del Estado sea contratado por la misma, mediante contrato de prestación de servicios? Radicado 20209000226682 del 02 de junio de 2020.

En atención a su interrogante contenido en el oficio de la referencia, relacionado con la viabilidad de que se contrate a un familiar de una persona que hizo parte de la junta directiva de una Empresa Social del Estado, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 489 de 1998¹, señala en su artículo 102:

ARTÍCULO 102. Inhabilidades e incompatibilidades. Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.

Ahora bien, la prohibición a la que hace alusión en su consulta, está contenida en el artículo 11° del Decreto Ley 128 de 1976², que sobre la particular señala:

“ARTÍCULO 11. De la prohibición de designar familiares. Las juntas y los gerentes o directores no podrán designar para empleos en la respectiva entidad a quienes fueren cónyuges de los miembros de aquellas o de éstos o se hallaren con los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”

El Decreto en cita está dirigido a los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y a los representantes legales de las mismas. Sin embargo, esta norma no puede ser aplicada a los miembros de las Empresas Sociales del Estado, por cuanto éstas gozan de un régimen especial, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, se sujetan al régimen previsto en las Leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y en la misma 489 de 1998 (en los aspectos no regulados por las primeras) y las demás normas que las modifiquen, sustituyan y adicionen.

Así lo ha señalado el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B, Consejero Ponente, Dr. Víctor

Hernando Alvarado Ardila, en sentencia del 16 de febrero de 2012, dentro del proceso con Radicación número 11001-03-25-000-2009-00103-00(1455-09):

"No obstante, que el Legislador reprocha la vulneración del régimen de inhabilidades considerándola como falta gravísima y que, tanto el artículo 48 (numeral 17) de la Ley 734 de 2002 como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, son preexistentes a la conducta endilgada a la demandante; encuentra la Sala que la última de las disposiciones citadas que describe la supuesta inhabilidad en la que incurrió la accionante, no es aplicable expresa ni claramente a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las Empresas Sociales del Estado, si se tiene en cuenta que, el artículo 1 del Decreto 128 de 1976 señala que son destinatarios de ese cuerpo normativo, los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos. En efecto, la disposición en cita prevé:

<<ARTÍCULO 1. DEL CAMPO DE APLICACIÓN. Las normas del presente Decreto, son aplicables a los miembros de las juntas o concejos directivos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidente (sic) de dichos organismos.

Las expresiones "miembros o concejos", "gerentes o directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el presente Decreto, se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas >>. (Las subrayas son de la Sala).

Téngase en cuenta que i) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 (que creó las E.S.E) las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las Asambleas o los Concejos, según el caso y están sometidas al régimen jurídico previsto en dicha Ley, ii) que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 489 de 1998, éste tipo de empresas públicas se sujetan al régimen previsto en las Leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y en la misma 489 de 1998 (en los aspectos no regulados por las primeras) y las demás normas que las modifiquen, sustituyan y adicionen y iii) que, como el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, en consonancia con el artículo 1 de esa misma normatividad, no señala expresamente que el mismo se aplica a las Empresas Sociales del Estado (de hecho, cuando se expidió dicho Decreto, las E.S.E. no existían); no hay certeza sobre si, la infracción del artículo 10 de dicho Decreto, por parte de un miembro de una Junta Directiva de una E.S.E. constituye falta disciplinaria.

De este modo, la conducta de la demandante no puede ser sancionada, pues como ya se vio, de la simple lectura de los artículos 1 y 10 del Decreto 128 de 1976, se infiere que esa normatividad no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado, y además, no es clara la tipicidad de la conducta en este caso concreto, pues la misma no se ajusta, en todos sus ingredientes, a la previsión normativa que, dada la naturaleza del derecho disciplinario y los principios de legalidad y tipicidad, no admite interpretación analógica.

Es importante señalar que aún cuando en este caso concreto la conducta de la demandante no puede considerarse típica en relación con la falta que se le endilgó, consistente en la vulneración del referido artículo 10 [del Decreto 128]; no debe perderse de vista que los funcionarios públicos que trabajan en las Empresas Sociales del Estado están sujetos a un régimen de inhabilidades propio y que debe ser observado y cumplido por éstos. No obstante, como no es objeto de este pronunciamiento determinar cuál es el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las E.S.E. y tampoco si la demandante lo desconoció, la Sala se limita a precisar que, en definitiva, la accionante no es destinataria de la disposición que en este caso concreto invocó la Procuraduría para sancionarla [contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976] y por ello, su conducta no puede considerarse típica en relación con esa norma.

Cabe indicar además que si bien la entidad demandada en este caso si era la competente para investigar y sancionar a la señora Cisneros Rivera y que el trámite que se adelantó estuvo sujeto a las disposiciones que lo regulan; en el sub-lite la violación al derecho al debido proceso se concretó en el momento en que la Procuraduría General de la Nación invocó una norma que no podía ser aplicable a la demandante, como fundamento para investigarla y, posteriormente sancionarla. Adicionalmente, en materia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la jurisprudencia de ésta Corporación ha sido enfática al señalar que las causales de inhabilidad o incompatibilidad están consagradas de manera preclusiva y taxativa en la Constitución Política y en la Ley y por lo mismo, el intérprete no puede darles un alcance extensivo ni por analogía. Así, en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, la Sala Plena del Consejo de Estado consideró, respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, lo siguiente: "Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio". (Las negrillas y subrayas son de la Sala). De este modo, a la entidad demandada no le era viable aplicar extensivamente la disposición contenida en el artículo 10 del citado Decreto 128 y con fundamento en esa disposición, sancionar a la demandante quien no era destinataria de la misma."

En este orden de ideas, esta Dirección Jurídica considera que la prohibición contenida en el artículo 11° del Decreto 128 de 1976, de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia citada, no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado y, en tal virtud, no puede aplicarse por analogía a los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado y por ello, por esta norma no existiría

impedimento para que los familiares de los miembros de las juntas directiva de las E.S.E, sean designados en la misma entidad, pues la legislación no prevé una limitante o inhabilidad en este sentido.

De otra parte, con respecto a las inhabilidades para contratar con el Estado, la Ley 80 de 1993³, establece:

“ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

“(...)”

2o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley> Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro. (...)” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo señalado en el literal a. del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, no podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante que hubieren desempeñado funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, inhabilidad que se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

A partir del 12 de julio del 2011, entró en vigencia la Ley 1474 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, que adicionó un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 4°. Inhabilidad para que ex empleados públicos contraten con el Estado. Adicionase un literal f) al numeral 2 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, el cual quedará así:

Directa o indirectamente las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo público, cuando el objeto que desarrollen tenga relación con el sector al cual prestaron sus servicios.

Esta incompatibilidad también operará para las personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.”

“(...)”

“ARTÍCULO 135. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias.”

Los destinatarios de esta norma son las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título y quienes se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o primero civil del ex empleado público.

En este orden de ideas y respondiendo puntualmente su pregunta, tenemos que

1. La prohibición contenida en el artículo 11° del Decreto 128 de 1976, de acuerdo con lo expuesto por el Consejo de Estado en la sentencia citada, no es aplicable a las Empresas Sociales del Estado y, en tal virtud, no puede aplicarse por analogía a los familiares de los miembros de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales del Estado y por ello, por esta norma no existiría impedimento para que los familiares de las personas que fueron miembro de junta directiva, sean nombrados en un empleo público de la misma entidad, pues la legislación no prevé una limitante o inhabilidad en este sentido.

2. Respecto de la posibilidad de contratar, tenemos que con la expedición de la Ley 1474 de 2011, el legislador dispuso una nueva causal de inhabilidad para la contratación pública, predicable en relación con las personas que hayan ejercido cargos en el nivel directivo en entidades del Estado y las sociedades en las cuales estos hagan parte o estén vinculados a cualquier título (como es el caso de la Empresa Social del Estado), para lo cual los miembros de la junta directiva, estarán inhabilitados para contratar, durante los dos (2) años siguientes al retiro del ejercicio del cargo, sin que la norma efectúe distinción alguna, es decir, es una inhabilidad general para contratar con el Estado, pero la misma se aplica en aquellos casos en que la contratación tenga relación con el sector al cual prestaba sus servicios.

3. Como puede observarse y respondiendo puntualmente su interrogante, no existe impedimento para que los familiares de los ex miembros de junta directiva de una Empresa Social del Estado sean contratados por la Empresa, una vez se termine el periodo de aquellos.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Maia Borja/ALC

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."

2. "Por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas".

3. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:36:20